

LA COOPERACIÓN Y LA ASISTENCIA JUDICIAL PENAL EN LA UNIÓN EUROPEA. LA ORDEN EUROPEA DE DETENCIÓN Y ENTREGA

Ángel Tinoco Pastrana*

PASTRANA, A. T. La cooperación y la asistencia judicial penal en la unión europea. La orden europea de detención y entrega. **Rev. Ciên. Jur. e Soc. da Unipar.** Umarama. v. 12, n. 1, p. 59-80, jan./jun. 2009.

RESUMEN: La materia que vamos a tratar responde por una parte a la necesidad de superar los tradicionales procedimientos de auxilio judicial internacional en la Unión Europea, donde existe un alto grado de integración jurídica, y por otra la necesidad de preservar la Unión como un espacio de libertad, seguridad y justicia, tal y como se establece en el Tratado de Ámsterdam de 1997 y en las conclusiones del Consejo Europeo de Tampere de 1999. Todo ello está claramente definido en el denominado “Tercer Pilar de la U.E.” (Título VI T.U.E.). Para conocer esta materia es imprescindible estudiar instrumentos como el Convenio de asistencia judicial en materia penal de 2000 y la Decisión Marco del Consejo de 13 de junio de 2002, por la que se crea la orden europea de detención y entrega. Si bien no son los únicos textos de trascendencia, constituyen un punto de partida obligado para el conocimiento de esta innovadora materia. La orden europea de detención y entrega constituye un modelo de resolución judicial unificado en toda Europa que sustituye a los tradicionales procedimientos extradicionales, creándose un procedimiento eminentemente judicial en el que los órganos del Poder Ejecutivo no tienen las facultades decisorias que tienen en la extradición. La aproximación entre los sistemas de enjuiciamiento criminal de los Estados de la Unión está implícita e incluso reconocida expresamente en éstos y otros textos supranacionales europeos, pero estamos ante una cuestión llena de dificultades e inconvenientes, al afectar a una parcela de soberanía muy importante, el ejercicio del *ius puniendi* por un Estado.

PALABRAS CLAVE: Reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales, Schengen, orden europea de detención y entrega, evolución de los sistemas procesal penales en Europa.

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES. II. EL CONVENIO DE ASISTENCIA JUDICIAL EN MATERIAL PENAL. III. LA ORDEN EUROPEA DE DETENCIÓN Y ENTREGA. 1) CONSIDERACIONES PRELIMINARES.

*Doctor en Derecho; Profesor de Derecho Procesal; Universidad de Sevilla España.

RES. 2) EMISIÓN DE LA ORDEN EUROPEA DE DETENCIÓN Y ENTREGA POR EL ESTADO ESPAÑOL 3) ESPAÑA COMO ESTADO DE EJECUCIÓN DE LA ORDEN. IV. BREVES REFLEXIONES SOBRE LA APROXIMACIÓN DE LOS SISTEMAS PROCESAL PENALES EN LA UNIÓN EUROPEA. BIBLIOGRAFÍA

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

La Constitución española (C.E.)¹ establece que las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades reconocidas por la C.E., se interpretarán de acuerdo con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los acuerdos internacionales sobre las mismas que ratifique España (artículo 10.2 C.E.). Por otra parte a través de Ley Orgánica se podrá autorizar la celebración de tratados por los que una organización o institución internacional (supranacional) ejerza competencias derivadas de la Constitución (artículo 93 C.E.). Si un Tratado internacional contiene estipulaciones contrarias a la C.E., habrá que revisar previamente la norma constitucional (artículo 95 C.E.). Los Tratados internacionales válidamente celebrados una vez publicados formarán parte del ordenamiento interno, y sus normas sólo pueden derogarse, modificarse o suspenderse de acuerdo con lo previsto en dichos Tratados o en el Derecho internacional. Para la comprensión y exposición de la materia que nos ocupa es imprescindible partir de la legitimidad constitucional de la normativa supranacional que permita la transferencia de competencias soberanas a instituciones de este carácter, al igual que la primacía de este tipo de normas sobre el Derecho interno.

La cooperación y la asistencia judicial en la U.E. implica por una parte el reconocimiento mutuo de resoluciones jurisdiccionales emanadas de órganos judiciales penales de otros Estados de la Unión Europea, y por otra la aproximación entre sus sistemas procesal penales y el Derecho sustantivo. Supone por tanto un gran avance eliminar y/o restringir la intervención del Poder Ejecutivo en el reconocimiento de las resoluciones jurisdiccionales penales de otros Estados, sin que sea necesario constatar previamente la reciprocidad, a diferencia de lo que sucede por ejemplo con los tradicionales procedimientos de extradición. El carácter multilateral de los instrumentos supranacionales que regula el reconocimiento mutuo y la cooperación judicial y policial entre países de un entorno geográfico similar, genera importantes beneficios en la lucha contra la delincuencia organizada y transnacional, aparte de otras muchas ventajas que veremos a continuación, si bien requiere un alto grado de confianza entre los Estados.

¹Puede consultar el Texto de la Constitución Española en <http://www.tribunalconstitucional.es/constitucion/laconstitucion.html>.

Aunque en el título del presente trabajo hablamos de cooperación en materia penal en la Unión Europea, debemos aclarar que se trata de una cooperación tanto judicial como policial. Vamos a estudiar en definitiva el denominado “Tercer Pilar de la Unión Europea”, consistente en la cooperación policial y judicial en materia penal, el cual está contenido en el Título VI del Tratado de la Unión Europea (TUE). A continuación vamos a relacionar la normativa supranacional europea más importante en esta materia junto con sus principios y objetivos fundamentales, para luego tratar detenidamente la orden europea de detención y entrega y finalizar con unas reflexiones sobre la aproximación de los sistemas procesal penales en la U.E.

El Tratado de Amsterdam² establece como objetivo mantener y desarrollar la Unión como un espacio de libertad, seguridad y justicia, donde se garantice la libre circulación de personas junto con la prevención y la lucha contra la delincuencia, entre otras medidas. Este Tratado mejora el diseño institucional y procedimental del denominado Tercer Pilar de la Unión Europea (cooperación judicial y policial), aproximándolo y coordinándolo con el espacio de libertad, seguridad y justicia, para lo cual vinculó estrechamente los ámbitos comunitario e intergubernamental. Todo ello se redimensionó especialmente con la incorporación a la Unión Europea del sistema Schengen³, que supuso la supresión de las fronteras comunes entre los Estados miembros. Las premisas establecidas en este Tratado sobre la asistencia y cooperación en materia penal, recibieron un gran impulso en el Consejo Europeo de Tampere⁴.

El Consejo Europeo de Tampere⁵ supuso el punto de partida para una serie de importantes iniciativas de los Estados de la Unión en materia de cooperación policial y judicial penal, como instrumentos idóneos para la lucha contra la delincuencia. En sus conclusiones se establece el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales como “la piedra angular” de la cooperación judicial en las materias civil y penal en la Unión, el cual se aplica a las

²Este Tratado se aprueba por el Consejo Europeo de Ámsterdam, celebrado el 16 y el 17 de julio de 1997, y fue firmado el 2 de octubre del mencionado año. Se puede consultar su texto íntegro, con sus Protocolos, Acta Final, y las versiones consolidadas de los Tratados que modifica (TUE y del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea), en la página web del Consejo de Europa, en concreto en la dirección: <http://eur-lex.europa.eu/es/treaties/dat/11997D/htm/11997D.html>.

³Sobre el Tratado Schengen de 1985 y su integración en el Derecho de la U. E. por el Tratado de Ámsterdam en 1997, véase la página informativa de la Comisión Europea <http://europa.eu/scadplus/leg/es/lvb/l33020.htm>.

⁴Véase FUENTETAJA PASTOR, Jesús Ángel y BACIGALUPO SAGGESE, Mariano: Las Políticas de la Unión Europea: La Política Exterior y de Seguridad Común y la Cooperación Policial y Judicial en materia penal, Colex, Madrid, 2002, páginas 108 y 109.

⁵Se celebró los días 16 y 19 de octubre de 1999. Se pueden consultar las conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Tampere en la página web del Parlamento Europeo : http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_es.htm.

sentencias y a otras resoluciones judiciales. El espacio de libertad, seguridad y justicia requiere los esfuerzos de los Estados para adoptar medidas para fomentar la cooperación en las investigaciones criminales, la lucha contra la delincuencia organizada, contra el tráfico de drogas y la trata de seres humanos, y en especial contra el terrorismo.

Ello tuvo efectos inmediatos en la extradición, considerada como la institución más importante de cooperación judicial. Como consecuencia de ello el Consejo de la Unión Europea aprueba el 13 de junio de 2002 de la Decisión Marco 2002/584/JAI⁶, sobre la orden europea de detención y procedimientos de entrega entre Estados miembros⁷. Esta Decisión Marco se transpuso al ordenamiento español por la Ley 3/2003, de 14 de marzo, sobre la orden europea de detención y entrega, habiendo sido preciso además reformar la L.O.P.J., promulgándose la L.O. 2/2003, de 14 de marzo, complementaria de la Ley sobre la orden europea de detención y entrega (LOEDE)⁸. La orden europea de detención y entrega será estudiada con mayor detalle en el presente trabajo, dado que se trata de la primera importante Decisión Marco del Consejo adoptada en materia penal como consecuencia de las conclusiones del Consejo de Tampere.

Otro instrumento para la consecución de los objetivos propugnados por el Consejo Europeo de Tampere, fue la creación de equipos conjuntos de investigación. Para ello se elaboró por el Consejo la Decisión Marco 2002/465/JAI, de 13 de junio de 2002, la cual fue transpuesta al ordenamiento español mediante la Ley 11/2003, de 21 de mayo, reguladora de los equipos conjuntos de investigación penal en el ámbito de la Unión Europea. Fue además necesario promulgar la Ley Orgánica 3/2003, de 21 de mayo, complementaria de la anterior, por la que se establece el régimen de responsabilidad penal de los miembros destinados en dichos equipos cuando actúen en España⁹.

Al principio de reconocimiento mutuo consagrado en la Cumbre de Tampere también responde la Decisión Marco 2003/577/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la ejecución en la Unión Europea de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y de aseguramiento de pruebas. Esta Decisión Marco se incorporó al ordenamiento español a través de la Ley 18/2006, de 5 de junio, para la eficacia en la Unión Europea de las resoluciones de embargo y

⁶Se puede consultar el texto de esta Decisión en la página web del Diario Oficial de la Unión Europea http://eur-lex.europa.eu/RECH_reference_pub.do.

⁷Véase CASTILLEJO MANZANARES, Raquel: *Procedimiento español de emisión y ejecución de una Orden Europea de Detención y Entrega*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2005, páginas 15 a 17 (v. más contenido de esta cita?).

⁸Puede consultarse el texto de estas Leyes en la página web del Boletín Oficial del Estado: <http://www.boe.es/boe/dias/2003/03/17/>. Respecto a la Decisión Marco reproducimos el enlace anterior a la página del Diario Oficial de la Unión Europea.

⁹Véase la dirección <http://www.boe.es/boe/dias/2003/05/22/>.

aseguramiento de pruebas en procedimientos penales¹⁰.

Además de las Decisiones Marco adoptadas por el Consejo en esta materia, es imprescindible referirnos al Convenio de asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea (Bruselas, 29 de mayo de 2000)¹¹, el cual será objeto de estudio en un apartado siguiente.

En consonancia con este marco de cooperación, en nuestro país se ha creado la “Red Judicial Europea de Cooperación Judicial Internacional” (REJUE)¹², compuesta por sesenta y dos Magistrados altamente especializados de todo el territorio nacional pertenecientes a los Órdenes Civil y Penal. Esta Red sirve de apoyo a los Puntos de Contacto de la “Red Judicial Europea Penal” y la “Red Judicial Europea Civil”.

Finalmente y antes de entrar en el estudio del Convenio de asistencia judicial en materia penal, tenemos que destacar que para la efectividad de la asistencia y cooperación judicial y policial, en la U.E. el Consejo ha puesto en marcha el denominado “Atlas Judicial Europeo Penal”, que proporciona información actualizada sobre cuestiones prácticas importantes, como los modelos de documentos o formularios que se tienen que utilizar por las distintas autoridades nacionales, los datos de localización de las mismas, los Puntos de Contacto y las autoridades competentes de cada Estado y las declaraciones específicas que éstos hayan efectuado sobre procedimientos de comunicación o transmisión e idioma, entre otros muchos contenidos y utilidades¹³.

II. EL CONVENIO DE ASISTENCIA JUDICIAL EN MATERIAL PENAL

Este Convenio¹⁴ responde plenamente a los postulados y contenido del

¹⁰<http://www.boe.es/boe/dias/2006/06/06/pdfs/A21207-21207.pdf> y respecto a la Decisión Marco, reiteramos la dirección anterior del Diario Oficial de la Unión Europea.

¹¹Puede consultarse el Texto del Convenio en la página del Diario Oficial de la Unión Europea: [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32000F0712\(02\):ES:NOT](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32000F0712(02):ES:NOT).

¹²Para más información. <http://www.poderjudicial.es/eversuite/GetRecords?Template=cgpi/cgpi/principal.htm>.

¹³http://www.ejn-crimjust.europa.eu/atlas_advanced.aspx

¹⁴Tiene como precedente inmediato el Convenio Europeo de Asistencia Judicial en materia penal de 20 de abril de 1959, el cual se complementa con el Protocolo de 17 de marzo de 1978 y fue reformado por el segundo Protocolo Adicional de 2001. El Convenio entró en vigor para España el 23 de agosto de 2005, al igual que para el resto de los Estados de la Unión salvo Polonia y Suecia (26 y 5 de octubre de 2005). España firmó este Convenio el 29 de mayo de 2000 (como todos los Estados de la Unión), manifestó su consentimiento el 27 de enero de 2003. Su Protocolo entró en vigor para España el 5 de octubre de 2005, al igual que para todos los Estados de la Unión, salvo Polonia (26 de octubre de 2005). Respecto a esta información véase el Boletín Oficial del Estado, URL: <http://www.boe.es/boe/dias/2005/10/28/pdfs/A35347-35348.pdf>. Pero como gran parte de los postulados, principios y objetivos de este Convenio se empezaron a aplicar antes, dado que este Convenio no constituye un

Tercer Pilar de la U.E.. Supuso la plasmación de los avances que suponían los distintos textos supranacionales sobre esta materia, las innovaciones procesales conseguidas y las ventajas que suponen las nuevas tecnologías para la materia que nos ocupa, todo ello con el objetivo de fomentar la cooperación judicial flexibilizándola e infiriéndole eficacia y rapidez frente a la nueva situación creada con la supresión de las fronteras interiores en la Unión Europea al entrar en funcionamiento el denominado “Espacio Schengen”. Las cuestiones fundamentales que regula este Convenio son el procedimiento para la transmisión de documentos procesales, de solicitudes de asistencia judicial y de información, el traslado temporal de detenidos para la investigación, la utilización de la videoconferencia, los equipos conjuntos de investigación, la intervención de las telecomunicaciones, el auxilio judicial conforme al criterio *forum regit actum*¹⁵. Por otra parte este Convenio no implica la derogación de otras normas supranacionales comunitarias sobre la materia, sino que por el contrario completó y facilitó la aplicación de otros Convenios ya vigentes¹⁶.

El Convenio regula fundamentalmente la asistencia judicial en materia penal, y se contrapone a los textos normativos que están dedicados al principio de reconocimiento mutuo. Ambos conceptos poseen un objetivo común, si bien sus respectivas bases y mecanismos son diferentes. La asistencia judicial tiene como fundamento que los Estados son plenamente soberanos en cuanto a la producción normativa, poseen sistemas penales independientes y necesitan establecer vínculos de cooperación. Pero el reconocimiento mutuo supera esta concepción e implica la aproximación normativa y la consecución de un importante grado de integración en los sistemas de enjuiciamiento criminal. En este sentido el Convenio de asistencia judicial de 2000 simplemente incentiva implícitamente

instrumento aislado sino parte de un proceso de producción normativa y convergencia europea que responde a los postulados que acabamos de mencionar, consistentes en crear un espacio de libertad, seguridad y justicia en la Unión.

¹⁵Este criterio supone que la ejecución de la solicitud de asistencia judicial será ejecutada de acuerdo con los trámites, procedimiento y plazo que indique el Estado que la emita. Se contrapone al criterio *locus regit actum*.

¹⁶Véase PALOMO DEL ARCO, Andrés: “Convenio 2000. Ambito de aplicación y relación con otros Convenios”, en *Derecho penal supranacional y cooperación jurídica internacional*, AA.VV., coordinada por Ángel GALGO PECO, Consejo General del Poder Judicial, 2004, Madrid, páginas 66 a 73. El Convenio tiene un Protocolo firmado el 16 de octubre de 2000, sobre el cumplimiento efectivo de las solicitudes de asistencia sobre la titularidad de las cuentas bancarias y la información y control de las transacciones bancarias, sin que se pueda invocar el secreto bancario. Por otra parte tenemos que aludir al anteriormente referido Segundo Protocolo Judicial al Convenio Europeo de 1959, de 8 de noviembre de 2001, que sustituye preceptos de este Convenio integrándose plenamente en él. El contenido de este Protocolo en gran parte coincide con el Convenio de 2000 (páginas 73 a 79). Por otra parte reiteramos que puede consultarse el texto de estos protocolos en la página del Diario Oficial de la Unión Europea: <http://eur-lex.europa.eu/es/legis/20090501/chap193020.htm>.

la armonización de las distintas legislaciones nacionales, dado que ello facilita la labor para la más ágil ejecución de las comisiones rogatorias en otros Estados, pero el hecho de que un Estado ratifique este Convenio no obliga necesariamente a la adaptación de su legislación nacional. Este Convenio no deroga otras normas existentes en la materia. Y ello porque establece (aunque no explícitamente) el principio de *favor cooperationis*, en el sentido de que su vigencia no afectará a la aplicación de las disposiciones más favorables que existan en acuerdos bilaterales o multilaterales entre los Estados miembros. Es decir, no se trata de aplicar la norma más favorable al imputado en un proceso en el que se requiera asistencia judicial si no de aplicar la norma mejor para la cooperación¹⁷.

Otros principios básicos¹⁸ que rigen la asistencia judicial en materia penal (la única viable en muchos supuestos en los que aún no se han podido instaurar disposiciones que entrañen una auténtica cooperación) y que nos permiten conocer el nuevo régimen de solicitudes de asistencia son los siguientes:

1) Principio de complementariedad. El Convenio no constituye un instrumento autónomo sino que completa y facilita la ejecución de las disposiciones ya existentes, mejorándolas.

2) Principio de confianza mutua. Los Estados miembro tienen mutua confianza en la validez, legitimidad y garantía de los sistemas legales y judiciales de los otros Estados.

3) Principio general *favor commisionis*. Hay que efectuar una interpretación favorable y finalista de sus disposiciones que favorezca la efectiva realización y viabilidad de la solicitud de auxilio judicial internacional.

4) Principio de consenso en la ejecución. Conlleva la posibilidad de que las autoridades judiciales implicadas alcancen un acuerdo sobre la forma y plazos de cumplimiento de la solicitud de asistencia.

5) Principio de ejecución conforme la legislación de origen (*forum regit actum*). Considerado como el principio más novedoso del Convenio, ya que supone una diferencia sustancial respecto a la regulación tradicional sobre la materia, implica que si el Órgano Judicial requirente solicita que se aplique su normativa procesal penal, el Órgano judicial requerido o de ejecución la asumirá siempre que el Órgano requirente indique qué trámites y procedimientos se deben seguir y no exista contradicción con la legislación procesal penal del Estado requerido.

¹⁷PÉREZ GIL, Julio: "Capítulo V.1. Convenio de asistencia judicial penal", en *La cooperación judicial civil y penal en el ámbito de la Unión Europea: instrumentos procesales*, AA.VV., coordinada por Mar JIMENO BULNES, Universidad de Burgos-Bosch Editor, Barcelona, 2007, páginas 274, 275 y 264 a 266.

¹⁸Respecto a los principios que vamos a exponer, véase PARRA GARCÍA, Javier: "El nuevo régimen de las solicitudes de asistencia judicial en materia penal", en *Derecho penal supranacional y cooperación jurídica internacional*, AA.VV., cit., páginas 127 a 136, donde se estudian detalladamente.

6) Principio de eficacia en la asistencia. Implica que no sólo se ejecute la asistencia judicial requerida sino que se efectúe de la forma más dinámica y eficaz posible. Estimamos que está estrechamente relacionado con el principio general antes referido *favor commissionis*. Consecuencias del principio de eficacia podemos encontrarlas en la remisión directa de la solicitud entre las autoridades judiciales, utilizando para la transmisión además del escrito tradicional, de cualquier medio que permita tener constancia escrita de su autenticidad, lo cual permite utilizar las nuevas tecnologías.

7) Principio de garantía. En los “considerandos” previos al Convenio los Estados manifiestan su confianza en la estructura y funcionamiento de sus respectivos sistemas jurídicos y en la capacidad de todos los Estados miembros para garantizar un proceso justo.

8) Principio de proporcionalidad. Se podrán efectuar excepciones en la asistencia judicial como consecuencia del mantenimiento por los Estados del orden público y de la protección de la seguridad interior, lo tienen que determinar los Estados de acuerdo con el artículo 33 T.U.E..

III. LA ORDEN EUROPEA DE DETENCIÓN Y ENTREGA

1) CONSIDERACIONES PRELIMINARES

Para la exposición de esta materia tenemos que partir de la Decisión Marco de 2002 y ver la transposición efectuada en el ordenamiento español por la LOEDE. Por otra parte es necesario diferenciar por una parte la emisión de una orden europea de detención y entrega (euroorden) por España del supuesto contrario (España como estado de ejecución). Cuando España es el Estado de emisión la LOEDE fundamentalmente reproduce las disposiciones de la Decisión Marco, ya que las principales diferencias y especialidades están en la recepción por un Estado miembro de la euroorden. Es decir, en esta materia la Decisión Marco deja un importante margen a la regulación que haga cada Estado y la LOEDE no puede entrar en un excesivo detalle, dado que la ejecución de una euroorden española dependerá del Estado específico de ejecución, tal y como hace el Estado español con la ejecución de una euroorden extranjera.

En España ha existido una gran acogida de esta nueva institución, como se pone de manifiesto en el alto número de euroórdenes emitidas. La razón de ello estriba en que la LOEDE confiere cobertura legal a la práctica policial previa existente en la cooperación policial entre Francia y España en la lucha contra el terrorismo. Por otra parte en España no se han planteado los problemas constitucionales que han surgido en otros países en materias tales como la entrega de nacionales. Además la euroorden ha fomentado que se adopten menos medidas

cautelares de prisión provisional, dado que el Juez al valorar el riesgo de fuga del imputado considera la posibilidad que tiene de dictar la euroorden¹⁹. No obstante esta institución y la propia LOEDE tampoco están exentas de críticas y objeciones, como veremos.

La euroorden supone la supresión de los procedimientos extradicionales por un nuevo procedimiento de entrega de personas presuntamente responsables de la comisión de algún delito, o de personas que eluden la acción de la justicia tras ser condenadas por una sentencia firme. Desaparecen los motivos de denegación habituales en los procedimientos de extradición, como los relativos a la no entrega de nacionales (reciprocidad), o a la consideración de los hechos como delitos políticos. Es decir, se restringe el margen de discrecionalidad u oportunidad política del Poder Ejecutivo, y se refuerza el carácter jurisdiccional de estas materias.

No obstante se ha observado que pueden producirse numerosas dificultades interpretativas en la regulación española de la Orden, que tendrán que ser solventadas por los propios Órganos Jurisdiccionales competentes, tal y como ha sucedido en los tradicionales procedimientos de extradición. Pero dos parecen ser los problemas más importantes que se pueden producir. Se trata del plazo máximo de detención (72 horas), y de la inexistencia de un recurso de apelación respecto a las resoluciones emitidas por el Juzgado Central de Instrucción y la Audiencia Nacional²⁰.

La euroorden constituye un modelo de resolución judicial unificado en toda Europa por la que se solicita la detención y entrega por otro Estado miembro de una persona para el ejercicio de acciones penales o para la ejecución de una pena o medida de seguridad. Cada país debe definir cuales son las autoridades competentes tanto para la emisión como para la recepción de la misma. En España las autoridades judiciales de emisión son el Juez o Tribunal que conozca de la causa y las autoridades judiciales de ejecución los Juzgados Centrales de Instrucción y la Sala del Penal de la Audiencia Nacional, siendo la autoridad central competente el Ministerio de Justicia²¹. Éste sólo tiene la competencia de

¹⁹JIMENO BULNES, Mar: "Capítulo V.2. Orden de detención y entrega", en *La cooperación judicial civil y penal en el ámbito de la Unión Europea: instrumentos procesales*, AA.VV., cit., páginas 332 a 336.

²⁰Véase JIMENO BULNES, Mar: "La Orden Europea de Detención y Entrega: aspectos procesales", en *La Ley*, vol. 2, 2004, páginas 1.624 a 1.625, en las que estudian detalladamente estas cuestiones.

²¹En el ordenamiento italiano también se ha designado al Ministerio de Justicia como autoridad central. Véase IOVINO, Felice Pier Carlo: "Le funzioni assegnate al ministro della giustizia quale "autorità centrale" ", en *Mandato di arresto europeo e procedure di consegna. Commento alle legge 22 aprile 2005, n° 69*, AA.VV., coordinada por Luigi KALB, Giuffrè editore, Milán, 2005, páginas 114 y 115. Tras una extensa batalla parlamentaria se hizo uso de la facultad que establece el artículo 7 de la Decisión Marco, consistente en designar como autoridad central al Ministerio de Justicia. Quienes se opusieron a esta posibilidad consideraban que existía un riesgo de ingerencia política en esta materia.

ser informado de la emisión y de la recepción de una euroorden, no pudiendo intervenir en la cuestión de decidir si procede emitirla o ejecutarla en España. La euroorden debe contener la información que se establece en el formulario²² que se establece en el anexo de la Decisión Marco, el cual también se reproduce en el anexo de la LOEDE (artículos 1 a 3).

2) EMISIÓN DE LA ORDEN EUROPEA DE DETENCIÓN Y ENTREGA POR EL ESTADO ESPAÑOL

El Estado español podrá emitir una euroorden para poder enjuiciar a una persona que se encuentra en otro Estado de la Unión si la pena o medida de seguridad tiene una penalidad abstracta de al menos doce meses (artículo 3.1 a) LOEDE). Pero si se tratara de delitos que aparecen en el elenco del artículo 9.1 LOEDE²³, y están castigados con al menos tres años de prisión como penalidad abstracta en el Estado de emisión, no será necesario efectuar el control de la “doble incriminación”. Es decir, si se trata de una euroorden emitida cuando la persona buscada aún no ha sido condenada, es necesario que al menos se cumpla con el requisito de los doce meses de penalidad abstracta en cuanto a la pena o medida de seguridad y controlar la existencia de doble incriminación. Por otra parte si se tratara de una euroorden emitida para el cumplimiento de una condena a una pena o medida de seguridad de al menos cuatro meses de privación de libertad, podrá supeditarse la entrega a la verificación del requisito de la doble incriminación (artículo 9.2 LOEDE). Aunque estamos tratando esta cuestión cuan-

Para paliar este riesgo estableciendo un sistema de comunicación directa entre la autoridad judicial italiana y las autoridades judiciales de otros países. El Ministerio de Justicia simplemente facilita la actividad de transmisión y recepción de la euroorden, por lo que se trata de una mera actividad material, a diferencia de lo que sucede en materia de extradición, donde desempeña funciones de valoración de acuerdo con criterios de oportunidad política que no le obligan a transmitir la solicitud de extradición al Procuratore Generale para su tramitación ante la Corte d'Appello.

²²Podemos encontrar el formulario con un ejemplo de su cumplimentación, en la dirección http://www.mjusticia.es/cs/Satellite?pagename=Portal_del_Derecho/InternacionalPrincipal/TplInternacional&idCInter=1075994483764&tipoCInter=FM&cid=1075994483764&c=InternacionalPrincipal&p=1151913189285&menu_activo=1151913189285.

²³Se trata de treinta y dos infracciones. En concreto, de los delitos de pertenencia a organización delictiva, terrorismo, trata de seres humanos, explotación sexual infantil, tráfico estupefacientes, tráfico de armas, corrupción, fraude, blanqueo de productos del delito, falsificación de moneda, delitos de alta tecnología, delitos contra el medio ambiente, entrada y residencia en situación ilegal, homicidio, tráfico de órganos, secuestro, racismo, xenofobia, robos organizados, tráfico ilícito de bienes culturales, estafa, chantaje, violación de la propiedad intelectual o industrial, falsificación de documentos administrativos, falsificación de medios de pago, tráfico ilícito de sustancias hormonales, tráfico ilícito de materiales radiactivos, tráfico de vehículos robados, falsificación de moneda, violación, incendio, delitos correspondientes a la jurisdicción de la Corte Penal Internacional, secuestro de aeronaves y buques y sabotaje.

do España es el Estado de emisión, este precepto rige igualmente cuando España es el Estado de ejecución de la euroorden emitida por otro Estado miembro.

La doble incriminación o tipificación consiste en verificar que tanto en el Estado de emisión como en el de ejecución los hechos tienen que ser constitutivos de delito. No obstante en materia de tasas e impuestos de carácter aduanero y de cambio, no podrá denegarse la ejecución de la euroorden por no concurrir la doble incriminación. De todas formas la Decisión Marco y la LOEDE no establecen una regla imperativa en esta materia, ya que utiliza la expresión “la entrega *podrá* supeditarse” en lugar de “tendrá”. La LOEDE en gran parte reproduce la Decisión Marco sin entrar a desarrollar demasiado lo que en ella no está previsto ni utilizar en exceso el margen de actuación que permite.

La Decisión Marco sigue por tanto un sistema mixto en cuanto a la doble incriminación, ya que en la lista de delitos referida desaparece si se supera el referido límite punitivo. Se ha criticado que el umbral de los tres años de penalidad abstracta en cuanto a la privación de libertad de los delitos del artículo 9.1 sólo se establezca en cuanto a la prisión y no respecto a penas de distinta naturaleza o medidas de seguridad. No obstante cuando puede ser posible constatar la doble incriminación nos acercamos a un sistema de extradición absolutamente judicial y muy simplificado²⁴.

Se ha planteado que dado que la Decisión Marco responde al principio de reconocimiento mutuo, se debería haber suprimido totalmente el cumplimiento del requisito de la doble incriminación, ya que en cierto modo este requisito coarta “mutila” este principio, y además esta cuestión siempre ha sido una de las que privaba de eficacia la efectividad de la extradición tradicional²⁵. Hay que aclarar que no debe entenderse que la doble incriminación requiera que el tratamiento penal de los hechos deba ser idéntico o similar en los dos Estados, que la pena sea igual o que las figuras delictivas se denominen de la misma forma. Además.

En este sentido resulta gráfico referir que la Corte de Casación italiana considera de forma similar y reafirmando un principio ya consolidado en los procedimientos de extradición, que para satisfacer el requisito de la doble incriminación no es necesario que en el esquema abstracto de la norma penal del ordena-

²⁴DELGADO MARTÍN, Joaquín: “La orden de detención europea y los procedimientos de entrega entre los Estados miembros de la Unión Europea”, en *Derecho penal supranacional y cooperación jurídica internacional*, AA.VV., cit., páginas 319 a 321.

²⁵Al respecto CASTILLEJO MANZANARES, Raquel: *Procedimiento español de emisión y ejecución de una orden europea de detención y entrega*, cit., páginas 51 a 55. Los Ministros que formaban el Consejo antes de aprobar la Decisión Marco llegaron a consenso por el cual consideraron que era imposible que todo delito conllevara la entrega inmediata de la persona reclamada. En gran medida reprodujeron el elenco de infracciones del Anexo del Convenio por el que se crea la Oficina Europea de Policía (EUROPOL), el cual está basado en el artículo K.3 del T.U.E.

miento extranjero, encuentre una equivalencia exacta en el Derecho italiano²⁶.

La euroorden la puede transmitir el Estado español de forma directa a la autoridad judicial del Estado de ejecución, si conoce el paradero de la persona reclamada. Para ello constituye una herramienta fundamental al antes referido “Atlas Judicial Europeo Penal”, que permite que la autoridad de un país específico sepa a qué autoridad extranjera en concreto tiene que dirigirse. Será necesario en todo caso que transmita la euroorden por un medio que permita tener constancia escrita. Siempre que la autoridad judicial española que esté conociendo de un asunto emita una euroorden, deberá remitir una copia para la puesta en conocimiento del Ministerio de Justicia.

Existen medios específicos de transmisión de la euroorden como la introducción de la descripción de la persona en el Sistema de Información Schengen (SIS, oficinas SIRENE)²⁷, y si no es posible se puede acudir a la INTERPOL. Pero también se pueden utilizar ambos medios. Es decir, se puede remitir el formulario de la euroorden a la oficina SIRENE España y/o a la OCN Interpol, lo cual supone que la euroorden será también una “orden internacional de busca y captura”. Estos mecanismos se pueden utilizar si se conoce que la persona reclamada se encuentra en un Estado miembro y sin perjuicio de la transmisión directa a la autoridad judicial extranjera de ejecución. Pero cuando obtiene especial sentido es cuando se desconoce el paradero de la persona reclamada. Es decir, no se sabe si se encuentra en un Estado de la Unión o bien en un tercer Estado. Si se encontrara a la persona en cuestión en un Estado miembro, la autoridad judicial de emisión española tendrá que remitirle la euroorden en el plazo que le indique la autoridad judicial extranjera de ejecución. Pero si se encontrara en un tercer Estado el procedimiento a seguir será el de la extradición²⁸.

La euroorden deberá redactarse o traducirse a alguna de las lenguas oficiales del Estado miembro de ejecución o a cualquier otra lengua aceptada por éste en virtud de la declaración depositada en la Secretaría General del Consejo (artículo 8.2 Decisión Marco). Los gastos que se generen en territorio español por la ejecución de una Orden Europea de Detención, serán a cargo del Estado español. Los demás gastos corren a cargo del Estado de emisión (artículo 4 LOEDE).

²⁶Véase PECORRELLA, Gaetano y DE MATTEIS, Fabio: *Leggi di recepimento del mandato d'arresto europeo da parte dei 27 paesi UE*, Giuffrè Editore, Milán, 2008, páginas 29 y 30, que citan la sentencia Cass. pen. VI, 13 de marzo de 2007, nº 11.598, S.I. y la sentencia Cass. pen. VI, 24 de octubre de 2007, nº 39.772, B.

²⁷Artículo 95 del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen, de 14 de junio de 1985, relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes. Véase <http://www.consilium.europa.eu/showPage.aspx?id=1157&lang=en>.

²⁸PÉREZ CEBADERA, María Ángeles: *La nueva extradición europea: la orden de detención y entrega*, Tirant lo blanch, Valencia, 2008, páginas 83 a 91.

Finalmente la autoridad española de emisión podrá solicitar a la autoridad extranjera de ejecución, que antes de que se pronuncie sobre la entrega definitiva efectúe el traslado temporal de la persona reclamada a España, o bien ser autorizada para trasladarse al Estado de ejecución para tomar declaración a la persona (artículo 8 LOEDE).

3) ESPAÑA COMO ESTADO DE EJECUCIÓN DE LA ORDEN

En esta materia existen más especialidades en la legislación española respecto a la Decisión Marco, a diferencia de la emisión de la orden por España. Como antes comentamos en la ejecución de la orden los Estados han llevado a cabo un desarrollo legislativo superior.

Si un Órgano Jurisdiccional español recibe una Orden Europea de detención y entrega y no es competente, transmitirá dicha orden a la Audiencia Nacional e informará de ello a la autoridad judicial de emisión (artículo 10.1 LOEDE). La LOEDE en esta cuestión se separa del criterio que sugiere la Decisión Marco, ya que prefiere centralizar la competencia objetiva en cuanto a la ejecución, al igual que han hecho otros Estados, lo cual no ha estado exento de críticas. Quizá ello esté justificado en atribuir esta competencia a los mismos Órganos Jurisdiccionales que la tienen en materia de extradición²⁹.

El Juzgado Central de Instrucción, como autoridad de ejecución española, comprobará que la Orden esté traducida al español, y si no lo está la remitirá a la autoridad judicial de emisión para que la traduzca. Pero si la detención es consecuencia de la introducción de su descripción en el SIS, el Juzgado Central de Instrucción procederá de oficio a la traducción de la Orden, sin suspender el procedimiento (artículo 10.2 LOEDE). El Juzgado Central de Instrucción comunicará al Ministerio de Justicia a la mayor brevedad, la recepción de cuantas Órdenes Europeas le sean remitidas (artículo 10.3 LOEDE).

La diferencia en cuanto al procedimiento en los supuestos del SIS radica en que en estos supuestos la persona ya se está detenida. Pero se ha observado que el requerimiento a la autoridad de emisión de la traducción de la euroorden supone una dilación innecesaria y que se debería proceder al igual que si los supuestos en los que haya existido descripción en el SIS³⁰. Por otra parte lo lógico es pensar que si el Estado de emisión conoce esta particularidad de la legislación

²⁹Al respecto, JIMENO BULNES, Mar: "Capítulo V.2. Orden de detención y entrega", en *La cooperación judicial civil y penal en el ámbito de la Unión Europea*, AA.VV., cit., páginas 319 a 321.

³⁰En este sentido, CONDE PUMPIDO, Cándido: "La orden de detención y entrega europea. La perspectiva española", en *La orden de detención y entrega europea*, AA.VV., dirigida por Luis ARROYO ZAPATERO y Adán NIETO MARTÍN, y coordinada por Marta MUÑOZ DE MORALES, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2006, página 44.

española introduzca simultáneamente la orden en el SIS, para beneficiarse de la traducción de oficio.

En la LOEDE se establecen además diversas garantías para la persona sobre la que recae la euroorden (entre otros, artículos 11.2 y 12.1, .2, 13, 14, 17). En este sentido si la infracción en que se basa la Orden está castigada con una pena o medida de seguridad privativa de libertad a perpetuidad, dado que en el Derecho penal español no existe esta posibilidad, se establece la garantía de que deberá ser solicitada al Estado emisor la condición de que tenga prevista en su legislación procesal la revisión de la pena impuesta, o bien la aplicación de medidas de clemencia, con vistas a la no ejecución de la pena o la medida (artículo 11.1)³¹.

A pesar de que la concepción de la euroorden descansa en un alto grado de confianza entre los Estados miembros, existe una enorme preocupación por el respeto de los derechos fundamentales. Por ello se establecen como causas de denegación, la sospecha de que se haya dictado la Orden con fines de persecución o sanción por motivos de raza, sexo, religión, nacionalidad, opiniones políticas u orientación sexual, o bien que la persona pudiera estar perjudicada por estas razones. También se denegará la entrega, si las personas afectadas pueden ser condenadas a muerte, o sometidas a torturas, tratos o castigos inhumanos o degradantes³².

Se ha observado que la Decisión Marco deja en una importante indefinición la diferenciación entre los que tendrían que ser motivos de no ejecución de la euroorden, de tal forma que ni siquiera permitirían la detención de la persona, de aquellos que simplemente tendrían que ser motivos para la denegación de la entrega. Y ello por las enormes dificultades de lograr un acuerdo al respecto entre los Estados. No obstante la filosofía primigenia de la euroorden radica en proceder a la detención inmediata, supuestos en que se apreciara como manifiestamente improcedente³³.

³¹Estamos ante una cautela que responde a un problema que no es nuevo, en el sentido de que también se ha planteado en otros supuestos en los que España tiene que colaborar a nivel supranacional en materia penal, tal y como sucede con la Corte Penal Internacional. En el Estatuto de Roma también se establece como pena, la privación de libertad a perpetuidad. Si bien nuestro país tiene que colaborar con la C.P.I., entre otros aspectos, en la ejecución de las penas que imponga, estamos ante una condena que es inconstitucional en el ordenamiento español, por lo cual nuestra cooperación en estos supuestos está limitada. De alguna forma es previsible que se planteen cuestiones de este tipo, ya que el ejercicio del *ius puniendi* no se produce de la misma forma en todos los Estados, aunque pertenezcan a nuestra misma familia jurídica o *Civil Law*.

³²Sobre esto último, véase SANTOS ALONSO, Jesús: "Intervención del Ministerio Fiscal en materia de extradición. Sistemas de sustitución: El mandamiento europeo de detención y entrega, en Estudios Jurídicos, Ministerio Fiscal, IV, 2002, página 478.

³³En este sentido y siguiendo a Irurzun MONTORO, DÍEZ RIAZA, Sara, GISBERT POMATA, Marta y CARRETERO GONZÁLEZ, Cristina: *La orden europea de detención y entrega. Estudio de la*

Las causas de denegación se establecen fundamentalmente en el artículo 12 LOEDE, diferenciando entre las causas de denegación obligatorias³⁴ y las facultativas³⁵.

De todas maneras la legislación española en esta materia es muy parecida a la Decisión Marco, a diferencia de otros países que han transformado causas de denegación facultativas en obligatorias. En la práctica las causas de denegación más habituales han sido el principio *ne bis in idem* y la prescripción. No obstante sorprende que dentro de las garantías del artículo 11 LOEDE no esté la denegación de la ejecución como consecuencia de la rebeldía, salvo que exista un nuevo proceso donde se respete plenamente el derecho de defensa (artículo 5 Decisión Marco)³⁶.

La detención se practicará de acuerdo con las garantías de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (artículo 13 LOEDE), al igual que sucede con el resto de las medidas cautelares que se puedan adoptar, como la prisión preventiva (artículo 17 LOEDE), por lo cual los autos que se dicen son recurribles del mismo modo que los que se dicten en cualquier otro procedimiento.

Ésta constituye una solución similar a la adoptada en otros ordenamientos como el italiano, donde se parte de la base del respeto de las garantías constitucionales (artículo 13 Constitución italiana), de tal forma que la Decisión Marco obliga en cuanto al resultado pero la forma y los medios corresponde al ordenamiento italiano. De este modo se consagra expresamente el control de la *Corte di Appello* sobre las medidas cautelares que afecten a la libertad personal de la persona requerida, como establece la Legge de 22 de abril de 2005, n° 69³⁷.

La toma de declaración de la persona reclamada se llevará a cabo por la

Ley 3/2003, de 14 de marzo, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2005, página 126.

³⁴Se trata de la cosa juzgada (sentencia firme de condena), la edad (la persona no puede ser penalmente responsable según la legislación española), el indulto, inmunidad (artículo 29) y la concurrencia de obligaciones internacionales (artículo 27).

³⁵Las causas que facultan para denegar la ejecución son la falta de concurrencia del principio de la doble incriminación, la litispendencia, *ne bis in idem* (España ha dictado un auto de sobreseimiento libre, otro Estado de la Unión ha dictado una resolución que impide el ejercicio de acciones penales, la persona ha sido juzgada definitivamente por los mismos hechos por un tercer Estado no miembro de la U.E.), nacionalidad española de la persona (salvo que consienta la entrega), principio de territorialidad (delitos cometidos en todo o parte en el territorio español), principio de extraterritorialidad (los delitos cometidos fuera del territorio español no pueden perseguirse de acuerdo con la legislación española), y por último la prescripción del delito o de la pena si de los hechos hubieran conocido los órganos judiciales españoles.

³⁶Véase JIMENO BULNES, Mar: "Capítulo V.2. Orden de detención y entrega", en *La cooperación judicial civil y penal en el ámbito de la Unión Europea: instrumentos procesales*, AA.VV., cit., páginas., páginas 321 a 324.

³⁷Véase DIDI, Alessandro: "Premesse e contenuti della riserva di giurisdizione con riferimento alla disciplina attuativa", en *Il mandato d'arresto europeo*, AA.VV., coordinada por Gustavo PANSINI y Adolfo SCALFATI, Jovene editore, Napoles, 2005, páginas 9 a 11.

autoridad judicial de emisión, que se trasladará a España (artículo 16 LOEDE). Si la persona afectada consiente la entrega, y el Ministerio Fiscal no advierte causas de denegación o condicionamiento de la entrega, el Juzgado Central de Instrucción podrá acordar a través de auto su entrega al Estado de emisión, auto que es irrecurrible y que se dictará en el plazo máximo de diez días desde la celebración de la audiencia. Cabe incluso que además de prestar su consentimiento el detenido renuncie expresamente a acogerse al principio de especialidad respecto a determinadas infracciones.

En los demás supuestos el Juzgado Central de Instrucción elevará sus actuaciones a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, Sala que resolverá a través de auto, que también es irrecurrible, en el plazo máximo de sesenta días³⁸, prorrogables por otros treinta (artículos 18 y 19 LOEDE). Si excepcionalmente no se pueden cumplir dichos plazos, la autoridad judicial informará a Eurojust, precisando los motivos de la demora (artículo 19 LOEDE).

En esta materia se ha observado que existe una “descompensada” atribución de funciones al Juzgado Central de Instrucción y a la Audiencia Nacional. Y ello porque cuando el detenido no consiente la entrega, la audiencia al Ministerio Fiscal, la audiencia a las partes sobre la concurrencia de causas de denegación o que condicionen la entrega y la proposición de los medios de prueba se efectúa ante el Juzgado Central de Instrucción. Hubiera sido más lógico que, al igual que sucede en los procedimientos de extradición pasiva, el Juzgado sólo instruya la causa tras lo que habría que elevar todo lo actuado ante la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, órgano ante el que se debería realizar la audiencia pública de las partes y el Ministerio Fiscal, y que es el que va a decidir sobre la entrega³⁹.

La entrega efectiva de la persona reclama se hará por agente de la autoridad española, previa notificación a la autoridad designada al efecto por la autoridad judicial de emisión del lugar y fecha fijados, siempre dentro de los diez días siguientes a la decisión judicial de entrega, prorrogable por otros diez días. Este plazo puede ser suspendido por la autoridad judicial por motivos humanitarios graves. Si transcurren los plazos máximos para la entrega y la persona no ha sido recibida por el Estado de emisión, se procederá a la puesta en libertad de la persona reclamada (artículo 20 LOEDE).

Si la persona reclamada tiene un proceso penal pendiente ante la jurisdicción española por un hecho distinto, se producirá la entrega suspendida o

³⁸En relación a este supuesto, véase por ejemplo, el Auto de la Sección Tercera de la Audiencia Nacional, de 10 de febrero de 2004, donde se accede a la solicitud emitida por un Juzgado de Finlandia (Expediente PK 03/8851).

³⁹Sobre ello CASTILLEJO MANZANARES, Raquel: Procedimiento español de emisión y ejecución de una orden europea de detención y entrega, cit., páginas 114 y 115.

condicional⁴⁰ (artículo 21 LOEDE). Pero si la persona reclamada ha sido extraditada a España desde un tercer Estado, y estuviese protegida por disposiciones de acuerdo relativas al principio de especialidad, la autoridad judicial española de ejecución solicitará autorización del Estado que la haya extraditado, para que pueda ser entregada al Estado de emisión (artículo 27 LOEDE). Por otra parte, si la persona ha sido entregada a España en virtud de una Orden Europea y un tercer Estado no miembro de la Unión Europea la reclama, no se otorgará dicha extradición, sin el consentimiento de la autoridad judicial de ejecución que acordó la entrega (artículo 28 LOEDE). Finalmente, si la persona a que se refiere la Orden gozara de inmunidad en España (causa de denegación), la autoridad judicial de ejecución solicitará sin demora a la autoridad competente el levantamiento de dicho privilegio. Si compete a otro Estado u Organización Internacional, será la autoridad judicial de emisión la que tendrá que hacer la solicitud (artículo 29 LOEDE).

IV. BREVES REFLEXIONES SOBRE LA APROXIMACIÓN DE LOS SISTEMAS PROCESAL PENALES EN LA UNIÓN EUROPEA

Debemos reflexionar sobre la trascendencia de esta cuestión, dado que el ejercicio del *ius puniendi* por un Estado a través de su sistema de enjuiciamiento criminal y su Derecho penal, pertenece a una parcela importantísima de su soberanía y debe ejercitarse como última ratio al implicar la restricción de los derechos fundamentales de la persona. Dada la carencia de un Poder Judicial en la U.E., el ejercicio de la función jurisdiccional corresponde a los Tribunales Supranacionales⁴¹ respecto a los que los distintos Estados han cedido parte de su soberanía en cuanto al ejercicio de su función jurisdiccional. Pero la mayor parte de esta función sigue correspondiendo a los propios Estados. Es decir en Europa no existe un Poder Judicial de la Unión, si bien sí existe un Poder Ejecutivo y un Poder Legislativo propio. Precisamente por ello es por lo que Europa no constituye un Estado federal y las políticas de la U.E. no tienen otra alternativa que ahondar en el que antes hemos denominado como “Tercer Pilar”, en el cual entra

⁴⁰JIMENO BULNES, Mar: *La cooperación judicial civil y penal en el ámbito de la Unión Europea: instrumentos procesales*, cit., páginas 336 a 337. Existe un excesivo margen de discrecionalidad judicial en las entregas condicionales, al igual que sucede con la exigencia del principio de la doble incriminación y en las causas de denegación facultativas.

⁴¹El Tribunal que en la actualidad tiene mayor grado de supranacionalidad o integración es el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, que aglutina al Tribunal de Primera Instancia y al de la Función Pública. En el Tratado de Roma se cambia la denominación a este órgano supranacional que pasará a denominarse “**Tribunal de Justicia de la Unión Europea**” y se compondrá por el **Tribunal de Justicia, el Tribunal General y los Tribunales Especializados** (artículo 19 Tratado de Lisboa, texto consolidado). Véase <http://curia.europa.eu/es/transitpage.htm>.

de lleno la cooperación y asistencia judicial penal y policial.

Ciertamente la cooperación y asistencia judicial en materia civil está bastante más desarrollada. En el ámbito penal existen importantes cuestiones que están en debate, dado que no necesariamente todos los Estados de la Unión están caminando en la misma dirección en cuanto a la evolución de sus sistemas de enjuiciamiento criminal. Observamos como fundamentalmente desde hace dos décadas y desde un punto de vista procesal, la tendencia ha sido la evolución hacia un sistema de enjuiciamiento criminal acusatorio puro, superándose el acusatorio formal característico del *Civil Law* es decir, la importación de instituciones y principios del *Common Law*. No obstante ello no se ha producido de forma similar en todos los Estados, dado que existen diversos factores orgánicos, funcionales y estructurales que lo han condicionado. Por ejemplo en el sistema italiano desde 1988 y tras la derogación del *Codice Rocco* y la correlativa promulgación del Codice di Procedura Penale de 1989, existe un sistema con claros rasgos del acusatorio puro, con los principios característicos del *adversary system*.

Sin embargo en España seguimos con la anquilosada Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 que tantas condenas ha supuesto para España, tanto del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas por la infracción permanente del artículo 14.5 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966 (Pacto de Nueva York), al no estar generalizado el sistema de la doble instancia penal⁴², o del Tribunal Europeo de Derechos Humanos por la infracción del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos que establece que la intervención de las telecomunicaciones debe estar completamente regulada en la Ley. Del mismo modo en España tenemos un Ministerio Fiscal que está en la órbita del Poder Ejecutivo y que actúa de acuerdo con los principios de jerarquía y unidad, por lo que la atribución de la instrucción penal a este órgano, que desplazaría al tradicional Juez instructor continental, provoca importantes suspicacias por el riesgo de intromisión del Poder Ejecutivo en esta trascendente actividad procesal. Sin embargo en el sistema italiano el *Pubblico Ministero* no tiene esta dependencia jerárquica e instruye de forma independiente, al igual que sucede en otros países europeos. Por ello es por lo que España incluso ha llegado a designar como “autoridad judicial” en determinados instrumentos de cooperación y asistencia en materia penal en la U.E. al Ministerio Fiscal⁴³, dado que este órgano tiene importantes funciones en esta materia en otros países comunitarios. Sirvan estas reflexiones para poner de manifiesto las enormes complicaciones técnicas

⁴²Dictamen del Comité de Derechos Humanos de la ONU de 20 de julio de 2000 que declara que el sistema de casación español vulnera el Pacto de Nueva York <http://turan.uc3m.es/uc3m/inst/MGP/JCI/04-no-es-casacion.htm>.

⁴³Véase la Declaración de España al artículo 24 del Convenio Europeo relativo a la asistencia judicial en materia penal entre los Estados de la U.E., de 2000.

que existen en la aproximación y convergencia de los sistemas de enjuiciamiento criminal de los distintos Estados de la Unión.

Continuando con la cuestión de la aproximación del ejercicio del *ius puniendi* entre los Estados de la U.E., tenemos que comentar que fundamentalmente desde los atentados del 11 de septiembre de 2001 la cuestión controvertida no reside tanto en la evolución hacia el sistema acusatorio puro o *adversary system*, sino en la dialéctica respeto de los derechos fundamentales *versus* seguridad. Es decir existen modernas tendencias en distintos Estados europeos en el sentido de endurecer en Derecho penal (por ejemplo las teorías del denominado Derecho penal del enemigo), y de no respetar tanto los derechos fundamentales en el proceso penal para preservar la seguridad y la eficacia del proceso. Precisamente ello se contrapone a las tendencias que se generaron fundamentalmente en la década anterior, en el sentido de despenalizar conductas y de potenciar los *Alternative Dispute Resolution* (ADR) en el proceso penal, las cuales igualmente han fructificado como se pone de manifiesto en las experiencias que existen actualmente en Europa en materia de justicia restaurativa. Actuaciones tales como la intervención de las telecomunicaciones adquieren una nueva dimensión, en el sentido de quienes postulan la innecesariedad de la autorización judicial preceptiva, del mismo modo que sucede con la ampliación de los presupuestos y extensión de medidas cautelares personales como la detención y la prisión provisional, al igual que otras medidas cautelares y diligencias de investigación. En este sentido en la actualidad los Estados se mueven con distintas orientaciones políticas y técnicas, diferenciándose entre los más y los menos garantistas. Todo ello como es obvio siempre con el adecuado respeto de la normativa supranacional aplicable, como el Convenio Europeo de Derechos Humanos que como hemos visto al principio de este trabajo, prevalece sobre el Derecho interno español.

Quizá por ello es por lo que todavía en la U.E. no existen proyectos serios y decididos de proteger derechos e intereses de la ciudadanía que en otros Estados son tutelados sustantiva y procesalmente desde hace lustros. Me refiero a la escasa implantación y reconocimiento de instituciones que respondan a la tutela de los intereses colectivos, difusos y transindividuales homogéneos, protegidos en otros ordenamientos bajo la figura de las *class action* (EE.UU.), y que tienen una extensa regulación en países como Brasil. Respecto a esta materia tan poco desarrollada en la U.E. y que afecta a pretensiones que en la actualidad generan causas que se tramitan con ciertos e importantes problemas tanto el proceso civil como en el penal, sería muy positivo que el Consejo de Europa adoptara instrumentos supranacionales que desde el principio establecieran un sistema homogéneo en toda la Unión, lo cual es factible dado repito, el escaso desarrollo legislativo tanto sustantivo como procesal de las instituciones jurídicas que sirven para tutelar dichos derechos e intereses de tercera y cuarta generación.

REFERÊNCIAS:

GALGO PECO, A. (Coord.). **AA.VV: derecho penal supranacional y cooperación jurídica internacional**. Consejo General del Poder Judicial, 2004, Madrid.

- Il mandato d'arresto europeo, AA.VV., coordinada por Gustavo PANSINI y Adolfo SCALFATI, Jovene editore, Napoles, 2005.

- La cooperación judicial civil y penal en el ámbito de la Unión Europea: instrumentos procesales, coordinada por Mar JIMENO BULNES, Universidad de Burgos-Bosch Editor, Barcelona, 2007.

- La orden de detención y entrega europea, dirigida por Luis ARROYO ZAPATERO y Adán NIETO MARTÍN, y coordinada por Marta MUÑOZ DE MORALES, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2006.

- Mandato di arresto europeo e procedure di consegna. Commento alle legge 22 aprile 2005, nº 69, AA.VV., coordinada por Luigi KALB, Giuffrè editore, Milán, 2005.

DELGADO MARTÍN, J. “La orden de detención europea y los procedimientos de entrega entre los Estados miembros de la Unión Europea”. In: **Derecho penal supranacional y cooperación jurídica internacional**. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1992.

DÍEZ RIAZA, S.; GISBERT POMATA, M. CARRETERO GONZÁLEZ, C. **La orden europea de detención y entrega**. Estudio de la Ley 3/2003, de 14 de marzo, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2005.

DIDDI, A. “Premesse e contenuti della riserva di giurisdizione con riferimento alla disciplina attuativa”, en Il mandato d'arresto europeo, coordinada por Gustavo PANSINI y Adolfo SCALFATI, Jovene editore, Napoles, 2005.

CASTILLEJO MANZANARES, R. **Procedimiento español de emisión y ejecución de una orden europea de detención y entrega**, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2005.

CONDE PUMPIDO, C. “La orden de detención y entrega europea. La

perspectiva española”, en La orden de detención y entrega europea, dirigida por Luis ARROYO ZAPATERO y Adán NIETO MARTÍN, y coordinada por Marta MUÑOZ DE MORALES, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2006.

FUENTETAJA PASTOR, J. Á.; BACIGALUPO SAGGESE, M. **Las Políticas de la Unión Europea: La política exterior y de seguridad común y la cooperación policial y judicial en materia penal.** Madrid: Colex, 2002.

JIMENO BULNES, M. **Orden de detención y entrega”, en La cooperación judicial civil y penal en el ámbito de la Unión Europea.** Barcelona: Universidad de Burgos-Bosch, 2007.

- “La Orden Europea de Detención y Entrega: aspectos procesales”, en La Ley, vol. 2, 2004.

IOVINO, F. P. C. “Le funzioni assegnate al ministro della giustizia quale “autorità centrale””, en Mandato di arresto europeo e procedure di consegna. Commento alle legge 22 aprile 2005, n° 69, AA.VV., coordinada por Luigi KALB, Giuffrè editore, Milán, 2005.

PECORRELLA, G.; DE MATTEIS, F. Leggi di recepimento del mandato d’arresto europeo da parte dei 27 paesi EU. Milan: Giuffrè, 2008.

PÉREZ GIL, J. Convenio de asistencia judicial penal”, en La cooperación judicial civil y penal en el ámbito de la Unión Europea: instrumentos procesales. Barcelona: Universidad de Burgos-Bosch, 2007.

PALOMO DEL ARCO, A. Convenio 2000. Ambito de aplicación y relación con otros Convenios”, en Derecho penal supranacional y cooperación jurídica internacional, AA.VV.

PARRA GARCÍA, J. **El nuevo régimen de las solicitudes de asistencia judicial en materia penal”, en Derecho penal supranacional y cooperación jurídica internacional.** Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2004.

PÉREZ CEBADERA, M. Á. **La nueva extradición europea: la orden de detención y entrega.** València: Tirant lo blanch, 2008.

SANTOS ALONSO, J. **Intervención del Ministerio Fiscal en materia**

de extradición. Sistemas de substitución: El mandamiento europeo de detención y entrega”, en Estudios Jurídicos. Madrid: Ministerio Fiscal, 2000.

A COOPERAÇÃO E A ASSISTÊNCIA JUDICIAL PENAL NA UNIÃO EUROPEIA. A ORDEM EUROPEIA DE DETENÇÃO E ENTREGA

RESUMO: A matéria que vamos tratar responde por uma parte à necessidade de superar os tradicionais procedimentos de auxílio judicial internacional na União Européia, onde existe um alto grau de integração jurídica e por outro lado, a necessidade de preservar a União Européia como espaço de liberdade, segurança e justiça, tal como estabelecido no Tratado de Amsterdam de 1997 e nas conclusões do Conselho Europeu de Tampere de 1999. Tudo está claramente definido no denominado “Terceiro Pilar da U.E.” (título VI T.U.E.). Para conhecer esta matéria é imprescindível estudar instrumentos como o Convênio de Assistência Judicial em matéria Penal de 2000 e Decisão Marco do Conselho de 13 de junho de 2002, onde se cria a Ordem Européia de Detenção e Entrega. Não são os únicos textos de transcendência, constituem um ponto de partida obrigatório para o conhecimento desta inovadora matéria. A Ordem Européia de Detenção e Entrega constitui um modelo de resolução judicial unificado em toda Europa, que substitui aos tradicionais procedimentos de extradição, criando-se um procedimento eminentemente judicial, em que os órgãos do Poder Executivo não possuem as faculdades decisórias que existem na extradição. A aproximação entre os sistemas de julgamento criminal dos Estados da União está implícita e inclusive expressamente reconhecida nestes e outros textos supranacionais europeus, mas estamos diante de uma questão cheia de dificuldades e inconvenientes ao afetar a uma parcela de soberania muito importante, o exercício do *ius puniendi* por um Estado.

PALAVRAS-CHAVE: Reconhecimento mútuo de resoluções judiciais. Schengen. Ordem Européia de Detenção e Entrega. Evolução dos sistemas processuais penal na Europa.

Recebido em / Received on / Recibido en Março de 2009

Aceito em / Accepted on / Acepto en Maio de 2009